

Pontificia Universidad Católica del Perú
Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Protección al Consumidor

TITULO: La caracterización del procedimiento administrativo de protección al consumidor ¿un frankenstein administrativo? Propuesta de cambio para la efectiva tutela del derecho fundamental de la protección al consumidor

Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Protección al Consumidor

Autor: Jorge Carlos Cuyutupa Luque

Asesor: Julio Baltazar Durand Carrion

Código de alumno: 20073297

2017

RESUMEN

El autor intenta caracterizar jurídicamente el procedimiento administrativo de protección al consumidor, de esta forma identificar sus falencias, permitiendo, de esta forma plantear una propuesta de migración de procedimientos, siendo el ideal un procedimiento especial trilateral, sin perjuicio de conservar la potestad sancionadora como vía residual.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Caracterización del procedimiento de protección al consumidor
¿Un frankenstein administrativo? Propuesta de cambio para la
efectiva tutela del derecho fundamental de la protección al
consumidor

[Subtítulo del documento]



Jorge Carlos Cuyutupa Luque - 20073297
26-11-2016

Caracterización del procedimiento de protección al consumidor ¿Un frankenstein administrativo? Propuesta de cambio para la efectiva tutela del derecho fundamental de la protección al consumidor

Jorge Carlos Cuyutupa Luque

Sumilla: El autor intenta caracterizar jurídicamente el procedimiento administrativo de protección al consumidor, de esta forma identificar sus debilidades y plantea una solución de migrar el procedimiento a uno especial trilateral, conservando la potestad sancionadora como vía residual.

I. Introducción

El presente trabajo consiste en estudiar al procedimiento administrativo de protección al consumidor, el cual, a criterio del autor, ha mezclado figuras jurídicas del procedimiento administrativo, concibiéndolo como una suerte de Frankenstein.

Durante la vigencia de la Ley N° 29571 – Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, CPDC), se ha sancionado un sinnúmero de empresas, las estadísticas, en vez de disminuir las causas de los procedimientos de protección al consumidor, se evidencia que han aumentado.

Por lo tanto, se evidencia una excesiva carga de la administración respecto a estos temas, lo cual conlleva a un acceso restringido o inadecuado a lo que se ha denominado justicia administrativa.

Por ello, el autor evalúa la naturaleza de los procedimientos, tanto el ordinario como los especiales, de esta forma evalúa la pertinencia de la existencia del arbitraje de consumo y plantea un cambio de la naturaleza jurídica del procedimiento de protección al consumidor.

En función a ello pasa a desarrollar los siguientes argumentos en favor de un cambio de la naturaleza jurídica del procedimiento de protección al consumidor.

II. Los procedimientos administrativos

El procedimiento administrativo es aquella herramienta que utiliza un administrado para poder obtener alguna respuesta de la administración que incida sobre sus intereses. Inicia con el ejercicio del derecho de petición y culmina con la emisión de un acto administrativo.

Por lo general, se realizan diversas clasificaciones de los procedimientos administrativos, de esta forma, el profesor Giannini no dice:

“(...) está compuesta del procedimiento declarativo y el procedimiento constitutivo, según su efecto jurídico sea originar, modificar o extinguir una situación jurídica subjetiva, o, atribuir una calificación jurídica a una cosa, personal o situación. A su vez, el procedimiento constitutivo es desagregado en el procedimiento oblatório (si tiene por propósito hacer perder un derecho, privar de alguna facultad o disposición, o imponer alguna obligación), el procedimiento concesorio (si produce un acrecentamiento en la situación del administrado) y el autorizatorio. Ahora bien, desde la perspectiva del interés público en juego, el mismo procedimiento constitutivo puede ser desdoblado en los procedimientos homogéneos o simples y en procedimientos heterogéneos o complejos. Finalmente, también puede diferenciarse entre procedimientos de primer grado y segundo grado, según se trate de satisfacer un interés indirectamente por medio de la declaración o constitución de situaciones, o revisar una decisión ya adoptada antes (...)”¹

Esta excelente clasificación de Giannini va orientada a la actuación del procedimiento y a sus fines, de otra parte, nuestra LPAG diferencia al procedimiento administrativo ordinario de los procedimientos administrativos especiales.

Asimismo, tenemos que tener en cuenta que desde el estudio formal de la actividad administrativa, entenderemos al procedimiento como cause

¹ GIANNINI, Massimo Severo, *Diritto Amministrativo, Volume (1993), Segundo Tercera Edición, Milano, pp. 104 y ss.*

instrumental de la función enderezada a ordenar y disciplinar toda la administración pública.²

En función a ello, en los siguientes puntos abordaremos lo relacionado a estos procedimientos.

3.1 Procedimiento administrativo ordinario

La LPAG, del artículo 1 al artículo 218, disciplina la actuación administrativa dentro de un procedimiento ordinario, para lo cual tenemos que poner énfasis en la definición del acto administrativo, contenido en el artículo 1 de la LPAG, la cual dispone:

“Artículo 1. - Concepto de acto administrativo

1.1 Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

1.2 No son actos administrativos:

1.2.1 Los actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios. Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título Preliminar de esta Ley, y de aquellas normas que expresamente así lo establezcan.

1.2.2 Los comportamientos y actividades materiales de las entidades.”

Esta definición condiciona el ámbito de aplicación del procedimiento administrativo, tomando distancia con respecto de los actos de administración interna, o como dice Ossa, “*El procedimiento, en general, se*

² OSSA, Jaime, *Derecho Administrativo Sancionador* (2000), Bogotá: Legis, pp.167.

singularizaría, por lo tanto, en el mundo del Derecho administrativo como el modo de producción de los actos administrativos”³

Asimismo, el artículo 29 de la LPAG, define al procedimiento administrativo de la siguiente forma:

“Artículo 29.- Definición de procedimiento administrativo

Se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados.”

Esta definición no hace más que acentuar la importancia de la existencia del acto administrativo como finalidad de un procedimiento administrativo, el mismo que deberá producir efectos en el administrado, para ser considerado como tal.

En el mismo sentido, el procedimiento administrativo ordinario se puede clasificar, a su vez, en procedimientos de aprobación automática⁴ o de aprobación previa⁵.

³ *Ídem*, pp. 671 – 618.

⁴ **Ley N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General**

“Artículo 31.- Régimen del procedimiento de aprobación automática

31.1 En el procedimiento de aprobación automática, la solicitud es considerada aprobada desde el mismo momento de su presentación ante la entidad competente para conocerla, siempre que cumpla con los requisitos y entregue la documentación completa, exigidos en el TUPA de la entidad.

31.2 En este procedimiento, las entidades no emiten ningún pronunciamiento expreso confirmatorio de la aprobación automática, debiendo sólo realizar la fiscalización posterior. Sin embargo, cuando en los procedimientos de aprobación automática se requiera necesariamente de la expedición de un documento sin el cual el usuario no puede hacer efectivo su derecho, el plazo máximo para su expedición es de cinco días hábiles, sin perjuicio de aquellos plazos mayores fijados por leyes especiales anteriores a la vigencia de la presente Ley.

Estos procedimientos deberán estar dispuestos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos – TUPA de la entidad, tal como lo dispone el artículo 30⁶ de la LPAG.

Seguidamente, es importante mencionar la supletoriedad de la LPAG, para ello es necesario revisar la naturaleza jurídica de la mencionada norma, la cual está contenida en el artículo II del Título Preliminar, la cual dispone lo siguiente:

“Artículo II.- Contenido

1. La presente Ley regula las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común desarrollados en las entidades.

31.3 Como constancia de la aprobación automática de la solicitud del administrado, basta la copia del escrito o del formato presentado conteniendo el sello oficial de recepción, sin observaciones e indicando el número de registro de la solicitud, fecha, hora y firma del agente receptor.

31.4 Son procedimientos de aprobación automática, sujetos a la presunción de veracidad, aquellos conducentes a la obtención de licencias, autorizaciones, constancias y copias certificadas o similares que habiliten para el ejercicio continuado de actividades profesionales, sociales, económicas o laborales en el ámbito privado, siempre que no afecten derechos de terceros y sin perjuicio de la fiscalización posterior que realice la administración”.

⁵ **Ley N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General**

“Artículo 35.- Plazo máximo del procedimiento administrativo de evaluación previa

El plazo que transcurra desde el inicio de un procedimiento administrativo de evaluación previa hasta que sea dictada la resolución respectiva, no puede exceder de treinta (30) días hábiles, salvo que por ley o decreto legislativo se establezcan procedimientos cuyo cumplimiento requiera una duración mayor.”

⁶ **Ley N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General**

“Artículo 30.- Calificación de procedimientos administrativos

Los procedimientos administrativos que, por exigencia legal, deben iniciar los administrados ante las entidades para satisfacer o ejercer sus intereses o derechos, se clasifican conforme a las disposiciones del presente capítulo, en: procedimientos de aprobación automática o de evaluación previa por la entidad, y este último a su vez sujeto, en caso de falta de pronunciamiento oportuno, a silencio positivo o silencio negativo. Cada entidad señala estos procedimientos en su Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA, siguiendo los criterios establecidos en el presente ordenamiento.”

2. Los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa, atendiendo a la singularidad de la materia, se rigen supletoriamente por la presente Ley en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distinto.

3. Las autoridades administrativas al reglamentar los procedimientos especiales, cumplirán con seguir los principios administrativos, así como los derechos y deberes de los sujetos del procedimiento, establecidos en la presente Ley.”

En palabras de Ochoa Cardich, la Ley de Procedimiento Administrativo General es una Ley con dos puertas o también es una ley de los dos rostros opuestos como el de la mitología romana griego Jano: rectora y supletoria.⁷ Entendiendo como rectora porque es la norma principal del ordenamiento jurídico, en cuanto a procedimientos administrativos y supletoria, porque al ser rectora, necesariamente es de aplicación lo dispuesto en sus artículos, en defecto de laguna jurídica. Consecuentemente se deberá tomar en cuenta estas dos características de la LPAG.

De ello, en función del numeral 1 del glosado artículo, se desprende que la LPAG es una norma general en la aplicación a los procedimientos administrativos en las entidades descritas en el artículo I del Título Preliminar de la LPAG⁸, asimismo, el numeral 2 dispone la utilización supletoria de la LPAG

⁷ OCHOA CARDICH, César. *La aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo: rectoría y supletoriedad* (2011), en: *La Ley de Procedimiento Administrativo General. Diez años después*, Lima: Palestra, pp. 51.

⁸ **Ley de Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444**

“Artículo I.- Ámbito de aplicación de la ley

La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública.

Para los fines de la presente Ley, se entenderá por “entidad” o “entidades” de la Administración Pública:

- 1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados;*
- 2. El Poder Legislativo;*
- 3. El Poder Judicial;*

en los casos de vacíos o lagunas normativas, las cuales no deben ser tratadas expresamente de modo distinto y el numeral 3 pone énfasis en la importancia de los principios contenidos en la LPAG y en su rectoría sobre todos los procedimientos administrativos, así como los derechos y deberes del administrado, contenidos en los artículos 55⁹ y 56¹⁰ de la LPAG.

4. Los Gobiernos Regionales;

5. Los Gobiernos Locales;

6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía.

7. Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y

8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.”

⁹ **Ley de Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444**

“Artículo 55.- Derechos de los administrados

Son derechos de los administrados con respecto al procedimiento administrativo, los siguientes:

1. La precedencia en la atención del servicio público requerido, guardando riguroso orden de ingreso.
2. Ser tratados con respeto y consideración por el personal de las entidades, en condiciones de igualdad con los demás administrados.
3. Acceder, en cualquier momento, de manera directa y sin limitación alguna a la información contenida en los expedientes de los procedimientos administrativos en que sean partes y a obtener copias de los documentos contenidos en el mismo sufragando el costo que suponga su pedido, salvo las excepciones expresamente previstas por ley.
4. Acceder a la información gratuita que deben brindar las entidades del Estado sobre sus actividades orientadas a la colectividad, incluyendo sus fines, competencias, funciones, organigramas, ubicación de dependencias, horarios de atención, procedimientos y características.
5. A ser informados en los procedimientos de oficio sobre su naturaleza, alcance y, de ser previsible, del plazo estimado de su duración, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tal actuación.
6. Participar responsable y progresivamente en la prestación y control de los servicios públicos, asegurando su eficiencia y oportunidad.
7. Al cumplimiento de los plazos determinados para cada servicio o actuación y exigirlo así a las autoridades.
8. Ser asistidos por las entidades para el cumplimiento de sus obligaciones.
9. Conocer la identidad de las autoridades y personal al servicio de la entidad bajo cuya responsabilidad son tramitados los procedimientos de su interés.

Además, la Tercera Disposición Complementaria y final de la LPAG dispone lo siguiente:

“TERCERA.- Integración de procedimientos especiales

La presente Ley es supletoria a las leyes, reglamentos y otras normas de procedimiento existentes en cuanto no la contradigan o se opongan, en cuyo caso prevalecen las disposiciones especiales.”

De la citada norma se colige que existe una prevalencia de las disposiciones especiales sobre las generales dispuestas en la LPAG, ello en atención al principio de especialidad de las normas, la cual es necesario interpretarla, sistemáticamente, con lo dispuesto en el artículo II del Título Preliminar de la LPAG.

10. A que las actuaciones de las entidades que les afecten sean llevadas a cabo en la forma menos gravosa posible.

11. Al ejercicio responsable del derecho de formular análisis, críticas o a cuestionar las decisiones y actuaciones de las entidades.

12. A exigir la responsabilidad de las entidades y del personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente, y

13. Los demás derechos reconocidos por la Constitución o las leyes”

¹⁰ **Ley de Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444**

“Artículo 56.- Deberes generales de los administrados en el procedimiento

Los administrados respecto del procedimiento administrativo, así como quienes participen en él, tienen los siguientes deberes generales:

1. Abstenerse de formular pretensiones o articulaciones ilegales, de declarar hechos contrarios a la verdad o no confirmados como si fueran fehacientes, de solicitar actuaciones meramente dilatorias, o de cualquier otro modo afectar el principio de conducta procedimental

2. Prestar su colaboración para el pertinente esclarecimiento de los hechos.

3. Proporcionar a la autoridad cualquier información dirigida a identificar a otros administrados no comparecientes con interés legítimo en el procedimiento.

4. Comprobar previamente a su presentación ante la entidad, la autenticidad de la documentación sucedánea y de cualquier otra información que se ampare en la presunción de veracidad.”

Finalmente, en el presente punto se ha tratado de describir los puntos elementales que caracterizan a los procedimientos ordinarios, en el siguiente punto se desarrollará lo relacionado a los procedimientos especiales.

3.2 Procedimientos administrativos especiales

El Título IV de la LPAG dispone los procedimientos especiales, considerando al procedimiento administrativo trilateral y al procedimiento administrativo sancionador.

Es importante mencionar el porqué de la clasificación como especiales a estos procedimientos, de esta forma, Gonzáles Navarro indica que: “(...) *aquel procedimiento que ha sido pensado para una hipótesis particular y concreta cuyo contenido aconseja una tramitación distinta a la general*”.¹¹ Además, el autor dice que “(...) *la existencia de tales procedimientos <especiales> requiere la confluencia de dos requisitos: una tramitación diferenciada de las pautas generales (elemento formal) y la singularidad de la materia a que será aplicada o a su finalidad diferenciada (elemento objetivo)*”.¹²

Lo esbozado por el jurista mexicano, es fundamental en la descripción de lo que se entiende por procedimiento administrativo especial, en ese mismo sentido, Morón Urbina dice: “*En nuestro sistema jurídico, el primer elemento tipificante de los procedimientos especiales es la singularidad de la materia tratada, y, el segundo, la jerarquía normativa de su origen, por la cual tales regímenes especializados únicamente pueden sustentarse a partir de una norma con rango legal, impidiendo a cada dependencia administrativa ceder a la proclividad de generar nuevos procedimientos con vocación de especialización.*”¹³

¹¹ GONZÁLES NAVARRO, Francisco, *Estudio Preliminar* (1967), en: *Procedimientos administrativos especiales*. Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, pp.18.

¹² *Ídem*, pp. 19.

¹³ MORON URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General* (2014), Décima edición, Lima: GACETA JURÍDICA, pp. 706.

Entendemos entonces, que el procedimiento administrativo especial requiere ser singular y prescrito por una norma de rango de ley. A continuación, en función a lo descrito en la LPAG, procederemos a describir los dos procedimientos especiales reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico.

3.2.1. Caracterización jurídica del procedimiento administrativo sancionador

En nuestro ordenamiento es aceptada la facultad de las entidades administrativas para determinar infracciones y aplicar sanciones en casi todos los sectores de la vida social que son regulados por el derecho administrativo.

La referida aceptación no se ha visto traducida en un reconocimiento expreso a nivel de nuestra norma constitucional, sin embargo, el Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución, mediante jurisprudencia recaída en el Expediente N° 1654 – 2004 –AA/TC, ha declarado que:

“La aplicación de una sanción administrativa constituye la manifestación del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración; como toda potestad, no obstante, en el contexto de un Estado de Derecho (artículo 3° Constitución política), está condicionada, en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, de los principios constitucionales y, en particular, a la observancia de los derechos fundamentales”.

Ahora bien, de forma complementaria es posible identificar en la jurisprudencia comparada una serie de fundamentos de índole práctico partiendo de una interpretación general de la Constitución¹⁴:

¹⁴ Seguimos lo planteado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español (STC de 3 de octubre de 1983), que señala lo siguiente:

“No cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable, por razones que no es ahora momento de

- Conveniencia de no recargar con exceso a la administración de justicia con la atención de ilícitos de menor gravedad.
- Conveniencia de mayor eficacia al aparato represivo respecto de los ilícitos menores.
- La conveniencia de una mayor inmediación de la autoridad sancionadora respecto de los sancionados.

En esta misma línea, en la doctrina¹⁵ se ha afirmado que el poder sancionador de la Administración se traduce en un auténtico poder derivado del ordenamiento jurídico y que atribuido a la administración, está encaminado al mejor gobierno de los diversos sectores de la vida social, teniendo la característica de ser un poder de signo represivo que se acciona frente a cualquier perturbación que se produzca en dicho orden jurídico.

Entonces, a pesar de la falta de un reconocimiento expreso en la norma constitucional, la potestad sancionadora puede considerarse como un poder natural o corolario de las competencias otorgadas a ésta en diversas materias, principalmente en las referidas a la ordenación y regulación de las actividades en la sociedad.

exponer con detalle, entre las que se pueden citar la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con ese tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor inmediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados. Siguiendo esta línea, nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que, lejos de ello, la ha admitido en el art. 25, apartado 3º, aunque, como es obvio, sometiéndole a las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos”.

¹⁵ IVANEGA, Miriam. “Consideraciones acerca de las Potestades Administrativas en General y de la Potestad Sancionadora”, En: *Revista de Derecho Administrativo* N° 4. Lima: Círculo de Derecho Administrativo de la PUCP, p. 115.

La LPAG ha regulado en el Capítulo II del Título IV, como un procedimiento administrativo especial, el denominado procedimiento sancionador.

Es a través de este cauce procedimental que la administración ejerce la potestad sancionadora, la misma que se encuentra limitada por una serie de principios, consagrados en el artículo 230° de la LPAG¹⁶, los mismos que constituyen una garantía para los particulares, así como criterios interpretativos para el correcto desempeño de la potestad sancionadora.

El procedimiento administrativo sancionador es aquel mecanismo compuesto por un conjunto de actos destinados a determinar la comisión o no de una infracción administrativa, con la finalidad de acreditar la responsabilidad del administrado, quien estará sujeto a una sanción, en caso, efectivamente, haya realizado la conducta infractora.

Como ha sido referido, las especialidades de dicho procedimiento con el procedimiento administrativo general derivan de la necesidad de traducir en reglas de procedimiento algunas de esas garantías que protegen al administrado de las entidades públicas cuando ejercen el *ius punendi* estatal.

De acuerdo con esto último, el artículo 229° numeral 1¹⁷ de la LPAG incorpora la garantía respecto a que ninguna sanción administrativa puede

¹⁶ Nos referimos al principio de legalidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad, irretroactividad, concurso e infracciones, continuación de infracciones, causalidad, presunción de licitud y non bis in ídem.

¹⁷ **Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General**

“Artículo 229.- Ámbito de aplicación

229.1 Las disposiciones del presente Capítulo disciplinan la facultad que se atribuye a cualquiera de las entidades para establecer infracciones administrativas y las consecuentes sanciones a los administrados.

229.2 Las disposiciones contenidas en el presente Capítulo se aplican con carácter supletorio a los procedimientos establecidos en leyes especiales, las que deberán observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 230, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador.

Los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en este Capítulo.

imponerse sin la previa tramitación del procedimiento legalmente establecido.

El glosado artículo 229°, ha previsto también la aplicación supletoria de las disposiciones que rigen el procedimiento administrativo sancionador en aquellos procedimientos establecidos en leyes especiales, pero al mismo tiempo establece el deber de observar los principios, estructuras y garantías previstos para el procedimiento sancionador, los cuales deben estar presentes en toda actuación que la administración realice amparada en su potestad sancionadora¹⁸.

Como se puede apreciar, la propia LPAG resalta la primacía de los principios del procedimiento administrativo sancionador, en tanto establece como obligación ineludible, la necesaria aplicación de los mismos cada vez que la Administración Pública imponga sanciones por la comisión de una infracción de carácter administrativo.

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional en sentencia recaída en el Expediente N.º 00156-2012-PHC/TC (si bien se refiere al debido proceso, en tanto éste es un principio exigible en el procedimiento sancionador, la explicación se puede extender a los demás principios), hace referencia a la obligación de la administración de observar los principios del procedimiento sancionador en la medida que garantizan el respeto por los derechos del administrado infractor:

“En la sentencia del Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, de fecha 2 de febrero de 2001, la Corte Interamericana enfatizó el

229.3 La potestad sancionadora disciplinaria sobre el personal de las entidades se rige por la normativa sobre la materia”.

¹⁸ Según Morón: “(...) estos principios rigen con carácter supletorio en aquellas áreas que cuenten con leyes especiales de regulación. Lo que si debe advertirse que esta supletoriedad no habilitara al legislador a desnaturalizar o negar los principios ya declarados, en la medida que se tratan de la aplicación concreta de derechos y principios superiores que poseen base constitucional. De suyo, la Administración estaría vinculada a ellos, aun si la Ley hubiese silenciado esta materia” En: MORÓN URBINA, Juan. “Los Principios Delimitadores de la Potestad Sancionadora”, Lima: Advocatus, 2005, Número 13, pp. 237.

respeto del debido proceso en sede administrativa sancionatoria, al precisar que “no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso”, por cuanto “[e]s un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber”.

En consecuencia, es innegable que los principios recogidos en la LPAG delimitan el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración pública, los cuales se aplican a todos los procedimientos recogidos en leyes especiales, independientemente de la regulación particular que las mismas puedan formular.

De forma general, el procedimiento administrativo se constituye como un conjunto de pautas que deben ser observadas por la Administración en la toma de sus decisiones; asimismo, es el cauce normal para que el administrado ejercite sus derechos ante ella.

En el caso específico del procedimiento administrativo sancionador, supone además la protección de los derechos y garantías que deben amparar a cualquier administrado en el ejercicio del *ius punendi* de la Administración.¹⁹

En ese sentido, el procedimiento administrativo sancionador requerirá de una serie de pautas establecidas previamente, las cuales permitirán prever al administrado la posible sanción que conllevará una infracción y cuáles serán los derechos que le amparan.

De acuerdo con esto último, para SANTA MARÍA PASTOR, es importante que el diseño del procedimiento administrativo sancionador cumpla una

¹⁹ Seguimos el planteamiento de ALARCON SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non bis in ídem y procedimiento administrativo sancionador* (2008), Madrid: IUSTEL, 541.

doble función: “(...) de una parte, su funcionalidad para la correcta determinación de los hechos y de las circunstancias personales del inculpado; y, de otra, la prestación a éste de las garantías de defensa doblemente necesarias al ejercicio de una actividad, como la sancionadora, cuya capacidad de incidencia y lesión en una persona y patrimonio de los ciudadanos es muy superior a la del resto de las actividades que la Administración desarrolla.”²⁰

En efecto, los derechos y garantías que deben salvaguardarse en el marco del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración no podrán realizarse sin la adecuada estructuración que precisamente, el procedimiento administrativo sancionador prevé, toda vez que mediante las etapas que lo conforman, se permite la correcta determinación de los hechos imputados y si estos efectivamente vinculan al inculpado, limitando así a la autoridad administrativa a ejercer sus funciones sólo en el marco del procedimiento legalmente establecido.

En línea con lo señalado, debe de tenerse en cuenta lo dispuesto en el numeral 229.1²¹ de la LPAG, en el sentido que la actuación de la Administración debe ajustarse a disposiciones aplicables al procedimiento administrativo sancionador para la determinación de infracciones administrativas y consecuentes sanciones. De esta forma, el ejercicio de la potestad sancionadora en el marco de un procedimiento administrativo deberá respetar los principios que han sido expuestos en el capítulo anterior y aquellos que están incorporados en el Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, los cuales constituyen garantías para el administrado, por cuanto se convierten en parámetros para el ejercicio de competencias de la Administración.

²⁰ SANTAMARIA, Juan. *Principios de Derecho Administrativo*. (2000), Volumen II. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 401.

²¹ **LEY N° 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

“Art. 229.- Ámbito de aplicación de este Capítulo.-

229.1 Las disposiciones del presente Capítulo disciplinan la facultad que se atribuye a cualquiera de las entidades para establecer infracciones administrativas y las consecuentes sanciones a los administrados.”

El procedimiento administrativo sancionador presenta una serie de características propias y de garantías de carácter estructural, cuya observancia es imprescindible para el correcto ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, los cuales se encuentran recogidos en el artículo 234²² de la LPAG.

3.2.2. Caracterización jurídica del procedimiento administrativo trilateral

El procedimiento administrativo trilateral es contencioso seguido por dos o más administrados ante las entidades de la administración.

Se inicia por una reclamación y los sujetos del procedimiento se denominan reclamante, reclamado y la autoridad que resuelve, se dota de una menor flexibilidad, debido a que es posible aplicar el abandono²³ del procedimiento.

²² **Ley N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General**

“Artículo 234.- Caracteres del procedimiento sancionador

Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

- 1. Diferenciar en su estructura entre la autoridad que conduce la fase instructora y la que decide la aplicación de la sanción, cuando la organización de la entidad lo permita.*
- 2. Considerar que los hechos declarados probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a las entidades en sus procedimientos sancionadores.*
- 3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo la calificación de las infracciones que tales hechos pueden construir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia.*
- 4. Otorgar al administrado un plazo de cinco días para formular sus alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico conforme al numeral 162.2 del Artículo 162, sin que la abstención del ejercicio de este derecho pueda considerarse elemento de juicio en contrario a su situación.”*

²³ **Ley N° 29571 – Código de Protección y Defensa del Consumidor**

“Artículo 191.- Abandono en los procedimientos iniciados a solicitud del administrado

Inclusive se puede terminar el procedimiento en cualquier momento mediante conciliación o transacción extrajudicial.

III. El arbitraje de consumo y la huida del derecho administrativo

El capítulo II del Título VII del CPDC, regula el sistema de arbitraje de consumo, el cual tiene como protagonistas a los órganos arbitrales²⁴, quienes, son los encargados de resolver los conflictos de consumo.

A continuación se evaluará la caracterización del arbitraje de consumo, si nos encontramos frente a la huida del derecho administrativo o si esta vía es la adecuada para la protección del derecho de los consumidores.

4.1 Caracterización jurídica del arbitraje de consumo

Según lo dispuesto en el artículo 145 del CPDC dispone lo siguiente:

“Artículo 145.- Arbitraje

El sometimiento voluntario del consumidor al arbitraje de consumo excluye la posibilidad de que éste inicie un procedimiento administrativo por infracción a las normas del presente Código o que pretenda beneficiarse con una medida correctiva dictada por la autoridad de consumo en los procedimientos que ésta pueda seguir para la protección del interés público de los consumidores.”

En los procedimientos iniciados a solicitud de parte, cuando el administrado incumpla algún trámite que le hubiera sido requerido que produzca su paralización por treinta días, la autoridad de oficio o a solicitud del administrado declarará el abandono del procedimiento. Dicha resolución deberá ser notificada y contra ella procederán los recursos administrativos pertinentes.”

²⁴ **Ley N° 29571 – Código de Protección y Defensa del Consumidor**

“Artículo 139.- Órganos arbitrales

Los órganos arbitrales son los encargados de resolver los conflictos de consumo. Están integrados por árbitros nominados por los representantes de los sectores empresariales interesados, las organizaciones de consumidores y usuarios, y la administración.”

Del artículo citado se desprende que existe una restricción para su acceso, el cual es la voluntariedad del mismo, como segundo límite tenemos que es una vía que excluye la competencia del INDECOPI para conocer el conflicto de intereses de los consumidores con los proveedores, por ende, toda la aplicación del *ius puniendi* del estado. Sin embargo, de oficio, el INDECOPI puede iniciar un procedimiento administrativo sancionador, según lo dispuesto en el artículo 146²⁵ del CPDC.

4.2 ¿Huida del derecho administrativo?

A lo largo de la historia del estado de derecho, se ha demostrado que nos encontramos frente a lo que se ha denominado “espiral regulatorio”, este consiste en una aplicación continua de normas, las cuales poco a poco van regulando de forma que llega a asfixiar al estado, generando mayor burocracia y por lo tanto genera mayor ineficiencia en la administración.

El otro lado de la moneda, por el cual llaman espiral regulatorio, es que, una vez que se dan cuenta de lo peligroso que resulta este comportamiento de un estado regular en extremo, buscan liberalizar las normas, relajando la legislación administrativa, de esta forma se cumplen varios ciclos regulatorios.

Hoy en día, en el Perú se está pasando de una etapa de estado regulador en exceso a un rol de prestador, de esta forma, el estado ahora busca garantizar a los administrados una adecuada actuación de la misma, por lo que se está implementando políticas en las cuales se manifiesta una simplificación administrativa, lo cual no es lo mismo que huida del derecho administrativo, sino que para evitar la huida, se simplifica y se hace un estado más ágil.

²⁵ **Ley N° 29571 – Código de Protección y Defensa del Consumidor**

“Artículo 146.- Laudo arbitral

El laudo arbitral que se emite en un arbitraje de consumo no es vinculante para la autoridad administrativa para que inicie o continúe de oficio un procedimiento administrativo en defensa del interés público de los consumidores.”

De esta forma, un ejemplo claro del mismo es la dación del Decreto Legislativo N° 1246, mediante el cual se han simplificado varios trámites administrativos, prescindiendo de requisitos que las propias administraciones solicitaban, aun así teniendo acceso a los mismos.

Por ello, se pone en cuestión la eficacia y eficiencia de la Administración Pública cuando se habla de huida del derecho administrativo, por ello esta inacción provocó que surgieran movimientos legales que proponían la solución de problemas de la gestión pública introduciendo la gestión privada en la Administración, la cual otorgaba buenos resultados a los entes privados que se movían en el mercado.

4.2.1. Alcances de la Huida del Derecho Administrativo

Los alcances de la huida del derecho administrativo son la de tratar de aplicar el derecho privado en las relaciones jurídicas que, en principio, son de derecho público. De esta forma el objetivo es escapar de los rigurosos controles que existen sobre, por ejemplo, el gasto público, la contratación, mientras en el ámbito referido a las relaciones directas con los administrados y a las potestades públicas siguen sujetando su actividad al Derecho Administrativo, pues beneficia a sus intereses particulares.

Existen diferentes autores que han tratado el tema de la huida del derecho administrativo, de esta forma, Borrajo dice:

“(…) Huida del Derecho Administrativo no significa, frente a lo que se ha dicho, huida del derecho. El derecho privado de nuestros días tiene también un nuevo sesgo que le hace guardar poca relación con el ordenamiento que estaba en vigor en el siglo XIX cuando se formaron las instituciones clásicas del Derecho Administrativo”; además, la Constitución y el Derecho Comunitario, son igualmente vinculantes en ese nuevo actuar de las administraciones públicas; asu vez, “el orden contencioso – administrativo no ha ejercido nunca en exclusiva el control judicial de la Administración” quedando

siempre como última garantía, el núcleo del Derecho público que ofrece el Código Penal ”²⁶

Por el contrario, Gimeno Feliu tiene una posición contraria a la huida del derecho administrativo, quien enfáticamente ha dicho:

“(…) es el interés general o público la causa (y justificación última) de que la Administración aparezca investida de prerrogativas o potestades de decisión unilateral y ejecutoria, de dirección, inspección y control, de interpretación de los términos contractuales e incluso modificación del objeto del contrato (ius variandi). Por ello, atendiendo a los intereses en juego, resulta necesario que la mencionada normativa comunitaria sobre contratación pública tenga su adecuado reflejo en la importante cuestión del ámbito de aplicación a fin de evitar “fugas” injustificadas que, lejos de garantizar una mayor “eficacia” solo consiguen una evidente disminución de garantías.

Este fenómeno de la privatización es, sin duda, uno de los principales y más controvertidos problemas del Derecho Público en cuanto nos encontramos con un incomprensible (desde la perspectiva de un estado social de derecho) abuso de las técnicas jurídico-privadas por parte de las administraciones públicas que, sobre el estandarte de la eficacia (entendida desde una perspectiva económica y no social) está acarreado la eliminación de las garantías públicas, de indudable trascendencia en un campo tan especial como lo es el de la contratación, y que, lejos de producir ventajas, está ocasionando importantes disfunciones desde el prisma del modelo económica constitucional de la economía social de mercado. Este fenómeno es de especial trascendencia en el caso de la contratación pública al evitar los mecanismos previstos para ella con la creación de entres

²⁶ BORRAJO INIESTA, Ignacio, *El intento de huir del Derecho Administrativo*, en REDA N° 78 (1993), pp. 233, citado por Matín Retortillo, Sebastián., en *Reflexiones sobre la huida del derecho administrativo*, en: la Revista de Administración Pública N° 140 (1996), pp. 42 y 63.

“ficticios” sometidos al Derecho Privado (...) el problema que plantea tal abuso de las técnicas jurídico – privadas no solo tienen consecuencias en el orden jurisdiccional (que jurisdicción es competente), en tanto la cuestión podría solventar estableciendo la unidad jurisdiccional para toda la actividad de la administración. El verdadero problema es de naturaleza sustantiva, consecuencia del distinto régimen jurídico de la actividad de la administración en función de si se utiliza una y otras ramas del ordenamiento jurídico (...)

El intento de huida generalizada del derecho administrativo a la búsqueda de una supuesta “flexibilidad” y de una “libertad de acción” –que supuestamente caracterizan al derecho privado– amenaza con dejar sin contenido al Derecho Administrativo en lo que supone una huida del sistema de garantías (para el interés público y para el de los particulares), sin que el resultado pueda, obviamente, justificarse apoyándose en una presumible mayor eficacia ya que, como bien afirma el profesor Martín Rebollo, esta no debe permitir la huida de las garantías y de los procedimientos de control (...)”²⁷

Por otro lado, José Carlos Laguna de Paz sostiene:

“Desde la perspectiva del Estado de Derecho, la historia del constitucionalismo es la historia del sometimiento del Poder –y; por tanto, de la Administración-, a la norma, de su vinculación a reglas jurídicas. El derecho público - en un proceso de continuo cerco a las inmunidades del Poder-, tras largos años, paso a paso, ha conseguido un alto grado de juridificación del ejercicio del poder y, consiguientemente, de fiscalización judicial de sus actos. Los principios jurídico – públicos y la mitrada atenta del juez llegan así a todos los despachos administrativos.

²⁷ GIMENO FELIU, José María, *El control de la contratación pública*, (1995) Madrid: Civitas, pp. 115 – 119.

Este proceso, sin embargo, en alguna medida se está resintiendo por la renuncia habitual de la administración a su Derecho específico para la realización de un cúmulo creciente de actividades. Como justificación, en el discurso político, profesional e, incluso, académico – desde una superficial “cultura de la eficacia”-, con frecuencia se aduce que el Derecho Administrativo – lento, rígido y burocrático, para muchas actividades que hoy asume la Administración, sencillamente no sirve.

Con este pretexto, se usa y abusa de las vías excepcionales de flexibilización del sistema que contiene el propio Derecho Administrativo, liberando de garantías las enajenaciones patrimoniales o recurriendo a la contratación directa para casi un tercio de las operaciones que concierne la Administración. Ni que decir tiene que cuando la excepción pesa casi tanto como regla, ésta pierde toda su virtualidad y, con ella, se evapora la garantía de los principios – de buena administración, de promoción efectiva, de concurrencia, de adjudicación al más capaz- que las normas administrativas tratan de presentar.

A veces, se da un paso más. Con la excusa de conseguir una mayor operatividad y eficacia – no siempre demostrada-. La Administración crecientemente encomienda la realización de tareas a entes públicos creados ad hoc – a los que dota de un régimen jurídico especial, caracterizado por permitir una entrada importante al Derecho Privado -, o bien actúa a través de sociedades mercantiles que cómodamente controla. Ello va acompañado de una extensa laborización del personal al servicio de la administración.”²⁸

²⁸ LAGUNA DE PAZ, José Carlos, *La renuncia de la administración pública al derecho administrativo*, (1995), en: *Revista de Administración Pública* Nº 136, pp. 201 – 203.

De los autores citados, podemos observar que existen mayores argumentos a favor de que no se efectúe la huida del derecho administrativo.

Por otro lado, tal como se ha evidenciado en la introducción de este acápite, estamos frente a un espiral regulatorio, el cual se ha venido ampliando mientras el país se encuentra en bonanza, pero cuando acaecen hechos que cambian la realidad, tales como el atentado del once de setiembre del 2001, o la crisis financiera que se inició en el 2007, de las cuales, casi diez años después, aun se sufren estragos. En estos casos pareciera que no es buena idea dejar actuar libremente a los privados o aplicar las reglas del derecho privado en detrimento del derecho público y a la renuncia de las potestades exorbitantes que otorga este régimen jurídico a la administración.

En palabras de José Pascual García:

*“(...) En efecto, a aquellas entidades del sector público, como las empresas públicas, a las que no llega el Derecho Administrativo, bien porque nunca cayeron en su ámbito de aplicación, bien como consecuencia de la <huida>, a través de los procesos de privatización, va a llegar el Derecho financiero y presupuestario, aunque con distinto grado de intensidad.”*²⁹

De esta forma, el mismo autor indica que podemos tener niveles de huida del derecho administrativo, de esta forma se puede hablar de huida total o huida parcial.³⁰

4.2.2. Huida Parcial

La huida parcial es aquella huida que no necesariamente implica la pérdida de la totalidad de la influencia del derecho administrativo, en este punto

²⁹ PASCUAL GARCÍA, José, *La huida del Derecho Administrativo, del Presupuesto y de los controles financieros por los nuevos entes del sector público*, (2010), *Revista de Presupuesto y Gasto Público* N° 60/2010, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, pp. 111.

³⁰ *Ibidem*.

podemos extrapolar a la liberalización realizada en los años 90 de los servicios públicos, como un ejemplo, ello debido a que la prestación de los mismos ahora está en el ámbito de los privados, regidos parcialmente por normas de derecho público.

Otro ejemplo importante son las empresas públicas con personería jurídica de derecho privado, tal como lo es PetroPerú.

Consecuentemente, podemos afirmar que nos encontramos frente a un fenómeno que, actualmente, se vive en Perú.

4.2.3. Huida Total

Se puede hablar de huida total cuando se da una privatización plena de servicios o actividades públicas.³¹

De esta forma se puede decir que es una situación distinta a la anterior, ello debido a que estamos haciendo una comparación entre privatización y liberalización, en el caso de la privatización, podemos hablar, en el mismo caso de los servicios públicos, que las empresas prestadoras, al ya no ser del estado, tuvieron que huir del régimen público para optar por un régimen privado, por medio de la privatización, la cual fue total, debido a que el Estado no tiene ninguna intervención en las mismas.

Ambos puntos son importante mencionarlos, ello debido a que se puede evidenciar que podemos encontrarnos frente a situaciones de huida parcial o total.

4.2.4. ¿Se configura una huida en el arbitraje de consumo?

De lo expuesto en los puntos anteriores y de la legislación respectiva en el CDPC se evidencia que en el arbitraje de consumo nos encontramos frente a una huida parcial del derecho administrativo.

³¹ *Ibidem.*

Es parcial debido a que la regulación está contenida en el CDPC, pero la decisión de los árbitros es independiente a lo dispuesto por el INDECOPI, asimismo, el laudo de este proceso arbitral estará en el marco del debido proceso.

Otro punto importante es que el laudo arbitral de consumo constituye título ejecutivo, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 144³² del CDPC. Esta característica configura otro elemento adicional que implica la huida del derecho administrativo, ello en función de que el arbitraje administrativo carece del poder coercitivo de la administración pública. .

4.3 ¿Es el arbitraje una adecuada protección para el derecho de los consumidores?

El arbitraje de consumo recién se está implementando, a la fecha no existe ningún pronunciamiento al respecto para poder realizar un análisis a partir de la experiencia de los órganos arbitrales de consumo, pero del estudio normativo realizado, resulta evidente que podría resultar una vía más complicada para el administrado.

Ello debido a que se renunciaría a la coerción de la administración y se somete a un mecanismo de solución de controversias, medianamente,

³² **Ley N° 29571 – Código de Protección y Defensa del Consumidor**

“Artículo 144.- Exigibilidad de los laudos arbitrales y acuerdos

El laudo arbitral firme y el acta suscrita por las partes que contiene un acuerdo conciliatorio celebrado entre consumidor y proveedor, conforme a los mecanismos señalados en el presente capítulo, constituyen título ejecutivo, conforme a lo dispuesto en el artículo 688 del Código Procesal Civil.

El incumplimiento de un acuerdo conciliatorio o laudo celebrado entre consumidor y proveedor constituye una infracción al presente Código. En estos casos, si el obligado a cumplir con un acuerdo o laudo no lo hace, se le impone automáticamente una sanción de hasta el máximo de la multa permitida, para cuya graduación se toman en cuenta los criterios establecidos en el artículo 112 de este Código. Dicha multa debe ser pagada dentro del plazo de cinco (5) días de notificada, vencido el cual se ordena su cobranza coactiva. Si el obligado persiste en el incumplimiento, el Indecopi puede imponer una nueva multa duplicando sucesiva e ilimitadamente el monto de la última multa impuesta hasta que se cumpla con lo acordado. Las multas impuestas no impiden al Indecopi imponer una multa o sanción distinta al final de un procedimiento, de ser el caso. Asimismo, el Indecopi es competente para ordenar las medidas correctivas enunciadas en el presente Código. Este artículo es de aplicación para todos los acuerdos conciliatorios válidos celebrados entre consumidor y proveedor, incluidos aquellos obtenidos ante instituciones sin convenio con el Indecopi.”

privatizada, por lo que este punto resulta un antecedente negativo para este mecanismo de solución de controversias.

IV. Propuesta de cambio de la naturaleza jurídica del procedimiento administrativo de protección al consumidor

En el CPDC tiene una mezcla de los procedimientos administrativos especiales, nos referimos al procedimiento administrativo sancionador y procedimiento administrativo trilateral.

A continuación propongo un modelo esencialmente trilateral, por lo que se deberá cambiar la legislación vigente para adecuar lo dispuesto en el capítulo I del Título IV de la LPAG. Sin dejar de lado, la existencia de la vía sancionadora, como potestad absolutamente inherente a la administración, tal y como se dispone en el marco normativo de la potestad sancionadora.

4.1. De la tutela administrativa de los intereses de los consumidores y proveedores

El artículo I del CDPC dispone el contenido del referido cuerpo normativo el cual dice:

“Artículo I.- Contenido

El presente Código establece las normas de protección y defensa de los consumidores, instituyendo como un principio rector de la política social y económica del Estado la protección de los derechos de los consumidores, dentro del marco del artículo 65 de la Constitución Política del Perú y en un régimen de economía social de mercado, establecido en el Capítulo I del Título III, Del Régimen Económico, de la Constitución Política del Perú.”

Como se evidencia en el referido artículo, el CDPC es un desarrollo legal de lo dispuesto en el artículo 65 de la Constitución Política del Perú. Por lo que estamos frente a una ley de desarrollo constitucional.

Una adecuada protección de los derechos de los consumidores, como una tutela del derecho fundamental de los consumidores, no puede ser protegido por un procedimiento administrativo que tenga por esencia ser un sancionador.

Ello debido a que nos encontramos frente a un conflicto intersubjetivo de derechos, de un lado el “denunciante” quien indica que el proveedor ha incumplido sus deberes y el proveedor que, por lo general, intentará defenderse con la posición contraria, indicando que si ha cumplido sus obligaciones.

Implantar un procedimiento de tutela de derechos de los consumidores que se enmarque dentro de un procedimiento administrativo trilateral, variaría gran parte del procedimiento de protección al consumidor, pero se mantendrá los beneficios necesarios para la protección de los consumidores.

Un procedimiento trilateral se inicia mediante una reclamación, según lo dispuesto en el artículo 219³³ de la LPAG. Y es un procedimiento dinámico, en el cual los administrados (consumidor y proveedor) deberán, cada uno defender su posición.

Este procedimiento trilateral está dotado de un interés público que estaría dentro de las competencias de INDECOPI, al contrario del arbitraje de consumo, el cual se abstrae del ámbito de INDECOPI huyendo a un mecanismo semiprivado de arbitraje.

³³ **Ley N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General**

“Artículo 219.- Procedimiento trilateral

219.1 El procedimiento trilateral es el procedimiento administrativo contencioso seguido entre dos o más administrados ante las entidades de la administración y para los descritos en el inciso 8) del Artículo I del Título Preliminar de la presente Ley.

219.2 La parte que inicia el procedimiento con la presentación de una reclamación será designada como “reclamante” y cualquiera de los emplazados será designado como “reclamado”.”

Asimismo, INDECOPI, podrá seguir empleando las medidas correctivas, ello debido a que en los procedimientos trilaterales se puede implementar esta medida complementaria, ello en función a lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 194³⁴ de la LPAG.

Por lo que dentro de este procedimiento recogemos la principal función de las resoluciones del INDECOPI en los procedimientos de protección al consumidor, el cual es el de la aplicación de las medidas correctivas.

Un último argumento es en función a la correcta aplicación de los conceptos jurídicos en nuestro ordenamiento jurídico, en efecto, realizar el cambio del procedimiento del consumidor de sancionador a trilateral, implicaría el reconocimiento de una actuación dinámica de los administrados dentro del procedimiento, en el marco de un conflicto intersubjetivo de derechos.

³⁴ **Ley N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General**

“Artículo 194.- Ejecución forzosa

Para proceder a la ejecución forzosa de actos administrativos a través de sus propios órganos competentes, o de la Policía Nacional del Perú, la autoridad cumple las siguientes exigencias:

- 1. Que se trate de una obligación de dar, hacer o no hacer, establecida a favor de la entidad.*
- 2. Que la prestación sea determinada por escrito de modo claro e íntegro.*
- 3. Que tal obligación derive del ejercicio de una atribución de imperio de la entidad o provenga de una relación de derecho público sostenida con la entidad.*
- 4. Que se haya requerido al administrado el cumplimiento espontáneo de la prestación, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable.*
- 5. Que no se trate de acto administrativo que la Constitución o la ley exijan la intervención del Poder Judicial para su ejecución.*
- 6. En el caso de procedimientos trilaterales, las resoluciones finales que ordenen medidas correctivas constituyen títulos de ejecución conforme a lo dispuesto en el artículo 713 inciso 4) del Código Procesal Civil,(2) modificado por la Ley N° 28494, una vez que el acto quede firme o se haya agotado la vía administrativa.*

En caso de resoluciones finales que ordenen medidas correctivas, la legitimidad para obrar en los procesos civiles de ejecución corresponde a las partes involucradas.”

4.2. De la necesidad de la existencia de un procedimiento sancionador

De la propuesta planteada, no se ha descartado la existencia del procedimiento administrativo sancionador dentro del procedimiento de protección al consumidor, pero este sería residual.

Residual en función a que el inicio se realizaría solo de oficio y de un adecuado informe instructivo. Este informe sería el filtro necesario para la viabilidad de los procedimientos sancionadores, donde se tendrían imputaciones de cargos y se resolvería con un se archiva o se sanciona.

Una de las propuestas para el inicio de este órgano es la permanente supervisión de los procedimientos trilaterales, identificando a los proveedores que acumulen la mayor cantidad de casos perdidos, por lo tanto se podría configurar una nueva infracción administrativa, la cual deberá ser formulada en función a las bolsas de casos, en los cuales caerá el proveedor.

Asimismo, debemos tener en cuenta que, hoy en día, la comisión N° 3 ya se dedica a los procedimientos de oficio, lo cual resulta plausible, solo se requiere de dotar mayores controles y alcances a esta comisión, para que se pueda proteger, adecuadamente, mediante el *ius puniendi* del estado, para que se ejerza, en efecto, residualmente, las sanciones a los administrados.

V. Conclusiones

6.1. El procedimiento administrativo puede clasificarse en ordinario o especial, siendo los especiales el trilateral o el sancionador, no se debe admitir mezclas.

6.2. El procedimiento administrativo de protección al consumidor es esencialmente sancionador, pero tiene matices que se le puede considerar una mezcla que el CPDC ha creado, contrario a lo dispuesto por la doctrina y la LPAG.

6.3. El procedimiento administrativo de protección al consumidor frente a INDECOPI no resulta suficiente para tutelar, efectivamente el derecho de los consumidores.

6.4. Se requiere de una transformación de la naturaleza jurídica del procedimiento de protección al consumidor, ello en función a que nos encontramos dentro de un procedimiento de tutela de derechos fundamentales. Por lo que la naturaleza del procedimiento no puede ser sancionadora.

6.5. No se debe quitar la competencia sancionadora en materia de protección al consumidor, por el contrario, debe potenciarse y disciplinarse dicha potestad, con la finalidad de que se actúe siempre de oficio y residualmente.

VI. Bibliografía

7.1. ABRUÑA PUYOL, *El Concepto de Administración Pública*, (2011) en: La Ley de Procedimiento Administrativo General. Diez años después, Lima: Palestra.

7.2. ALARCON SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non bis in ídem y procedimiento administrativo sancionador* (2008), Madrid: IUSTEL.

7.3. BERMEJO VERA, José. *Derecho Administrativo parte general*, 7ma. Edición, (2009), Pamplona: Thomson – Civitas.

7.4. BOQUERA OLIVER, J, *Criterio conceptual del Derecho Administrativo*, (1996), En Derecho Administrativo, 10ª edición, MADRID: Civitas.

7.5. BORRAJO INIESTA, Ignacio, *El intento de huir del Derecho Administrativo* (1993), en REDA Nª 78.

7.6. DANÓS ORDOÑEZ, Jorge, *Comentarios al proyecto de la nueva ley de normas generales de procedimientos administrativos*, (1999) en: THEMIS N° 39, Lima: THEMIS.

7.7. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y Fernandez, Tomás – Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, (2011), Lima: Palestra.

7.8. GIANNINI, Massimo Severo, *Diritto Amministrativo, Volume* (1993), Segundo Tercera Edición, Milano.

7.9. GIMENO FELIU, José María, *El control de la contratación pública*, (1995) Madrid: Civitas.

7.10. GONZÁLES NAVARRO, Francisco, *Estudio Preliminar* (1967), en: *Procedimientos administrativos especiales*. Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública.

7.11. IVANEGA, Miriam, “Consideraciones acerca de las Potestades Administrativas en General y de la Potestad Sancionadora”, En: *Revista de Derecho Administrativo* N° 4. Lima: Círculo de Derecho Administrativo de la PUCP.

7.12. LAGUNA DE PAZ, José Carlos, *La renuncia de la administración pública al derecho administrativo*, (1995), en: *Revista de Administración Pública* N° 136.

7.13. MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, *Reflexiones sobre la huida del derecho administrativo*, (1996), en: la Revista de Administración Pública N° 140.

7.14. MORÓN URBINA, Juan. “Los Principios Delimitadores de la Potestad Sancionadora”, Lima: Advocatus, 2005, Número 13.

7.15. MORON URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General* (2014), Décima edición, Lima: GACETA JURÍDICA.

7.16. OCHOA CARDICH, César. *La aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo: rectoría y supletoriedad* (2011), en: *La Ley de Procedimiento Administrativo General. Diez años después*, Lima: Palestra.

7.17. OSSA, Jaime, *Derecho Administrativo Sancionador* (2000), Bogotá: Legis.

7.18. PARADA VÁSQUEZ, José Ramón. *Derecho Administrativo II, Régimen jurídico de la actividad administrativa*, 21va edición (2014), Madrid: Open.

7.19. PAREJO ALFONSO, Luciano. *Derecho Administrativo, instituciones generales*, 1era edición (2003), Barcelona: Ariel.

7.20. PASCUAL GARCÍA, José, *La huida del Derecho Administrativo, del Presupuesto y de los controles financieros por los nuevos entes del sector público*, (2010), *Revista de Presupuesto y Gasto Público* N° 60/2010, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.

7.21. SANTAMARIA, Juan. *Principios de Derecho Administrativo*. (2000), Volumen II. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

